

Recurso núm. 5893/2006.

Secretaría: Doña María Josefa Oliver Sánchez.

**AL TRIBUNAL SUPREMO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN: CUARTA**

**DOÑA PALOMA SOLERA LAMA**, Procuradora de los Tribunales, ya acreditada en los autos arriba referenciados, actuando en nombre y representación procesal de **DOÑA M<sup>a</sup> DEL CARMEN FLORES LÓPEZ Y DON ANTONIO OCAÑA TORRIJOS**, ya acreditada en los autos arriba referenciados, ante la Sala Comparezco y como mejor proceda en derecho DIGO:

Que por medio del presente escrito vengo a interponer **INCIDENTE DE NULIDAD**, de acuerdo con los artículo 241 y concordantes de la LOPJ, contra la Sentencia de fecha 19 de octubre de 2011; fundando mis pretensiones de conformidad con los siguientes

**MOTIVOS.**

**PRIMERO.- POR VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, INFRINGIENDO EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. POR VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 6 Y 13 DEL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. POR INCONGRUENCIA OMISIVA.**

**LA SENTENCIA CONTINUA SIN INDICAR LOS CRITERIOS O PARÁMETROS SEGUIDOS PARA LLEGAR A LA INDEMNIZACIÓN CONCEDIDA, NO SIENDO SUFICIENTE CON APOYARSE EN LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y, MUCHO MENOS, EN UNOS “ELEMENTOS O SUMANDOS DE DIFÍCIL CONCRECIÓN”. LOS MOTIVOS QUE GUÍAN LAS DECISIONES JUDICIALES NO PUEDEN DEPENDER DE CONCEPTOS INDETERMINADOS, OSCUROS, DE CONTENIDO INCIERTO O DIFUMINADOS PERFILES.**

La Sentencia del alto Tribunal indica que *“Por fin, no debemos terminar aquel análisis sin dejar dicho que el motivo de casación, de modo congruente con la norma procesal en la que busca amparo, que lo es el artículo 88.1 C) de la LJ y no el 88.1 B) de la misma, no afirma ni argumenta que la concreta cantidad fijada como indemnización, que no llega a citar, ni tan siquiera cuando transcribe en parte aquel párrafo de la sentencia de instancia, **deba merecer el calificativo de ilógica o absurda por no guardar correlación alguna con el modo en que aquellos elementos o sumandos de difícil concreción hubieran debido valorarse en el caso de autos”**.*

De la redacción de este párrafo, unido a la explicación que hace la Sala en relación a la teoría de la pérdida de oportunidad, cuando se refiere a esos *elementos o sumandos de difícil concreción*, se desprende que considera que es al recurrente a quien le correspondía establecer la cantidad en atención a dicha teoría.

Pues bien, esta parte ya ha dejado bien claro a lo largo de todos los largos años que ha durado este procedimiento (con pérdida injustificada del expediente judicial incluido) que la intensidad de la relación de causalidad, aun aceptando la pérdida de oportunidad, es tal que debe indemnizarse en la cantidad solicitada, 721.214,52 euros.

Y lo que en modo alguno resulta aceptable es exigir a esta parte que justifique y explique aquello que corresponde al Juzgador, a quo o de casación, que es explicar y motivar las circunstancias que han llevado a disminuir esta cantidad hasta los 12.000 euros.

Y no es suficiente con la aplicación de la Teoría de la Pérdida de Oportunidad pues ésta, en el mejor de los casos, serviría para comprender la aplicación de una reducción pero explicando los motivos que se han tenido en cuenta para llegar a la misma. Y este es el paso de raciocinio que no da la Sala. Por eso, desconociendo los motivos que han dado lugar a la elección de los 12.000 euros, mal podemos combatir esa decisión o argumentar por vía del 88.1 C) o del 88.D), lo que corresponda.

En definitiva, el ejercicio de tan capital derecho como es la obtención de una sentencia motivada no puede hacerse depender de unos conceptos indeterminados, de contenido incierto y difuminados perfiles, como es la mera aplicación del concepto de pérdida de oportunidad asociada a lo que la Sala entiende como unos *“elementos o sumandos de difícil concreción”*. Sí, de difícil concreción, pero no de imposible determinación y justificación en función de la intensidad de la relación de causalidad, cuestión íntimamente ligada a la pérdida de oportunidad para reparar adecuadamente el daño.

Eso que la Sala denomina, por dos veces a lo largo de la Sentencia, *elementos o sumandos de difícil concreción*, es la relación de causalidad ante las omisiones injustificadas de los facultativos. **Y es esta difícil labor de concreción la que corresponde razonar y explicar al juzgador con criterios comprensibles.** Ante una omisión es difícil conocer con certeza cual habría sido el resultado en caso de haber actuado correctamente; por eso se acude a la intensidad de la relación de causalidad, íntimamente ligada a la cantidad por la que se indemniza. Pero de esto no se dice nada a lo largo de la sentencia. Y si lo fundamental se obvia, o no se comprende, entonces identificaremos pérdida de oportunidad con unos *“elementos o sumandos de difícil concreción”* a los que asociaremos un leve daño moral que no sabemos muy bien en qué concretarlo, llegando a conclusiones arbitrarias e injustas por no haber sabido encontrar y reflejar la motivación que, inexcusablemente, debe conocerse cuando nos acogemos a esta teoría.

Por lo anterior, en el tercer motivo de nuestro recurso de casación, lógicamente referido a la cuantía indemnizatoria (como ocurría con absolutamente todos los motivos, que encontraban su eje central en la ridícula cuantía indemnizatoria de 12.000 euros, pues el fondo del asunto había sido estimado y no era objeto de debate) explicábamos, de forma meridianamente clara, que:

*“Llegado el momento de realizar el cálculo de la cuantía indemnizatoria, nuestros Tribunales se han decantado mayoritariamente por una valoración global que deriva de una apreciación racional aunque no matemática fundada en el arbitrio y la discrecionalidad que les son inherentes, siendo obligación de los mismos el hecho de motivar perfectamente la indemnización establecida, con expresión clara y detallada de los parámetros y circunstancias que han conducido a su determinación.*

*Frente a la arbitrariedad y la irrazonabilidad de la actuación Judicial a la que hemos hecho referencia en nuestro apartado anterior, también íntimamente ligado a este motivo, se sitúa la exigencia de de una resolución fundada en derecho, y no con cualquier fundamento parco y genérico.*

*La obligación jurisdiccional es también un Derecho de la parte interviniente en el proceso, de tal forma que sólo cuando conoce el motivo de un concreta decisión judicial se puede colmar dicho derecho, de tal manera que la sentencia debe contener todos aquellos elementos de juicio, explícitos o implícitos, necesarios para que el destinatario o los órganos revisores, puedan conocer cuales han sido los criterios jurídicos que fundamentan una decisión y poder comprobar si la decisión es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no de la arbitrariedad.*

Es decir, de forma insistente, una y otra vez, hacíamos clarísima referencia a la falta de motivación del cálculo de la cuantía indemnizatoria; faltaban los elementos de juicio o parámetros para llegar a la indemnización acordada por la Sala de instancia, igual que le ha ocurrido a la Sala a la que me dirijo. Es cierto que no citábamos los 12.000 euros, si a esto es a lo que se refiere la Sala en su decisión, pero ¿a qué otra cantidad indemnizatoria podíamos referirnos si solo hay una indemnización concedida a un sólo recurrente?.

Y seguíamos diciendo: “El TSJ Madrid pretende salvar el derecho a la motivación de la Resolución con esta frase: *“...indemnizar al recurrente por los daños morales derivados de la mencionada perdida de oportunidad,..., siendo así que valorando, las circunstancias del caso concreto, la edad de la víctima, entidad de las secuelas, circunstancias antecedentes a la producción del daño, fijaremos la cantidad a indemnizar a tanto alzado, actualizada a la fecha de la sentencia, lo que excluye la aplicación de los intereses legales desde la fecha de la reclamación.”*

Por lo mismo, continuábamos diciendo que *“Esta técnica hace una relación de circunstancias pero no explica el porqué del razonamiento”*. Es decir, explicábamos, sin posibilidad de error para ningún lector, y mucho menos para uno tan cualificado como el alto Tribunal Supremo, que no había motivación que justificara el importe de los 12.000 euros.

Y para mayor comprensión, que no deja lugar a dudas, argumentábamos que desconocíamos las razones por las que se había llegado a esa decisión ¿a qué decisión nos íbamos a referir si todo nuestro recurso giraba sobre la indemnización?, por referirnos a esa cifra de alguna manera (porque ni compensa ni indemniza).

**El deber de motivación**, en principio, no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos y cada uno de los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentados de la decisión, es decir, la “ratio decidendi” que ha determinado aquella. **Puede ser expreso o implícito, pero implícito no puede ser lo mismo que oculto**. Si desconocemos las razones por las que se ha llegado a una concreta decisión y cuales han sido las bases para decidir positivamente sobre la cuestión estaremos ante una ausencia de motivación.

La cantidad a la que condena la Sala de instancia y que confirma como adecuada el Tribunal al que me dirijo, 12.000 euros, de ninguna manera indemniza ni compensa los daños que sufrió en vida, perfectamente acreditados en la causa, ya sean los físicos o psicológicos, ya sean los morales derivados de ese concepto de pérdida de oportunidad que, en este caso, se aplica pretendiendo compensar con semejante cantidad un daño consistente en pensar durante todos los días que vivió Don Miguel Ángel Ocaña Flores, a partir de la imprudencia médica, que su vida podría haber sido normal de no haber perdido una oportunidad tan alta de mantener su salud y, además, soportar esa idea unida a su situación clínica de tetraplejía.

Supone una respuesta tan inadecuada por el desequilibrio injustificado e irracional que no hace otra cosa que provocar más desazón, desasosiego y hasta tristeza en el justiciable, que termina percibiendo una falta de sensibilidad y, en consecuencia, falta notoria de motivación a la hora de adoptar la decisión de condenar por importe de 12.000 euros. Y, desde luego, resulta inaceptable pretender justificarlos, sin más, en la teoría de la pérdida de oportunidad.

Si la Sala ha estimado que, en base a esa Teoría sobre Pérdida de Oportunidad, la cantidad indemnizatoria debe reducirse de los 721.214,52 euros a los 12.000 Euros (a pesar de que Don Miguel Ángel Ocaña Flores sufrió una de las situaciones clínicas mas gravosas, incapacitantes, graves y angustiosas por las que puede pasar el ser humano), esto es, un 98,4 % menos de lo que recomiendan el art. 141.2 de la Ley 30/1992 y todos los baremos utilizados por el mismo Ponente en otras Sentencias por él dictadas en materia de Derecho Sanitario, se deberá razonar por qué motivo se valora la falta de salud, los daños, perjuicios y penurias sufridas por el paciente en 12.000 Euros. Y LA SENTENCIA NO LO HA HECHO.

Es decir, la Sentencia no justifica en absoluto los motivos por los que decide aplicar una reducción del 98,4% sobre el montante indemnizatorio resultante a pesar de la intensa relación de causalidad que se concurre en el presente caso.

Aquí nos encontramos con una falta de motivación inaceptable y con un **agravio comparativo con vulneración del artículo 14 de la Constitución** en relación al resto de administrados cuyos daños y perjuicios han sido indemnizados en cantidades significativamente mas altas ante hechos similares e, incluso, ante daños de menor entidad y ante menores expectativas de curación. De hecho, reiteradísima jurisprudencia a la que nos referiremos más abajo, al aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad no rebaja la cantidad indemnizatoria.

Pero aún en el caso de que se estimara una rebaja de dicha indemnización en base a esa supuesta pérdida de oportunidad, lo mas razonable habría sido reducir la indemnización en un 1,6 % sobre el montante indemnizatorio, no al revés, debido a la intensísima relación de causalidad que existe en el presente caso y que se desprende de las manifestaciones del Perito designado Judicialmente al indicar que “la indicación quirúrgica es obligada ya que **CON FRECUENCIA** se consigue una mejoría o al menos estabilización de los síntomas”.

Pero la cuestión es todavía mas incomprensible jurídicamente si comparamos la decisión tomada por la Sentencia cuya Nulidad se pretende con otras Sentencias dictadas por la misma Sala y firmadas por el mismo Ponente, Don Segundo Menéndez, en las que ante una situación idéntica, se optó por incrementar el montante indemnizatorio acordando por la Sala de Instancia (**Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 23-9-2010, rec. 863/2008**).

Aportamos, como **DOC. Nº 1**, copia de dichas Sentencias a fin de que la Sala ofrezca las explicaciones que no ofrece la Sentencia a pesar de la insistencia de esta parte para que lo haga:

**- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 23-9-2010, rec. 863/2008:** Pte: Lecumberri Martí, Enrique (siendo Magistrados de la Sala: ANTONIO MARTI GARCIA, CELSA PICO LORENZO, ENRIQUE LECUMBERRI MARTI, RICARDO ENRIQUEZ SANCHO, SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA y **SEGUNDO MENENDEZ PEREZ**).

*“Contra la referida sentencia que en su parte dispositiva reconoce el derecho de las reclamantes a obtener una indemnización de 21.113€ -veintiún mil ciento trece euros- se aduce al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional un único motivo de casación, pues, consideran las recurrentes que a pesar de que la propia sentencia considera que hubo una mala praxis y una actuación no ajustada a la "lex artis" por parte de los médicos, sin embargo no reconoce la relación causal con el resultado dañoso producido y por tanto el deber de indemnizar por todos los perjuicios sufridos por el paciente.(...).*

**la actuación de los facultativos del hospital de Yecla no fue ajustada a la lex artis, al no haber agotado todos los medios técnicos disponibles para establecer el diagnóstico ante los continuos ingresos del paciente y las patologías que presentaba" que de haber existido un mejor y más rápido control médico el paciente que estuvo cuatro veces ingresado en el hospital durante cuarenta y seis días en los que fue intervenido quirúrgicamente en dos ocasiones habría tenido la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud, y en definitiva para su vida, al no conocer la gravedad de la enfermedad que no le fue diagnosticada por los servicios públicos sanitarios.**

**Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad " -sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/2007 - se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias.**

**De ahí, al limitar la Sala de instancia la indemnización de los daños morales hasta el correcto diagnóstico y consiguiente intervención quirúrgica infringió los preceptos y doctrina jurisprudencial que invocan las recurrentes en su motivo de casación, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional procede casar la sentencia".**

**Y en el presente caso, no puede en modo alguno considerarse, a la vista de lo manifestado por el Perito designado Judicialmente, (que la Sala de instancia considera imparcial y objetivo, reuniendo la especialidad adecuada para la pericia), que se trate de la pérdida de una mera expectativa que deba tratarse como un leve daño moral, a juzgar por la cuantía concedida, sino más bien una verdadera omisión que genera un daño moral tan elevado que, incluso, acogiendo las pretensiones de esta parte seguiría sin posibilidad de compensación vía económica; lo que no evita que deba perseguirse ese fin por la justicia.**

Además, cuando la relación de causalidad cobra tanta intensidad como en este caso, en el que el paciente habría tenido prácticamente todas las oportunidades de sanar, pues no se discute que, según el perito designado judicialmente: 2.- (...) *la indicación quirúrgica es obligada ya que **CON FRECUENCIA** se consigue una mejoría o al menos estabilización de los síntomas*". Lo frecuente habría sido la sanación para el caso de haber aplicado el tratamiento adecuado cuando Don Miguel Ángel Ocaña Flores lo merecía. Por ello, aun siendo aplicable la teoría de la pérdida de oportunidad, no debe servir para modificar la cantidad indemnizable y mucho menos para dejar sin mencionar los motivos que han llevado a la toma de decisión de indemnizar en 12.000 euros y no en otra cantidad diferente.

Existen cuestiones reconocidas por la propia Sentencia y consignadas en el Informe emitido por el Perito designado judicialmente que no dejan lugar a dudas sobre la **intensidad de la relación de causalidad** entre la omisión de la diligencia debida por parte de los servicios sanitarios, al no realizar una resonancia magnética y posterior intervención quirúrgica (lo que dejaron pasar durante más de diez años) y la situación clínica que soportó Don Miguel Ángel Ocaña Flores. A estas alturas, no son hechos controvertidos salvo criterio retorcido o pirueta jurídica.

Y decimos que la relación de causalidad cobra una elevada intensidad en este caso por cuanto el porcentaje de éxito era mucho mayor que el de fracaso, lo que excluye la visión del caso desde la perspectiva de la pérdida de una mera expectativa. Así, el Perito Judicial, especialista en Neurología, expone que:

*"1.- El retraso en el abordaje de la siringomielia da lugar al desarrollo de la debilidad muscular y por tanto al comienzo e incremento incesante de la escoliosis.*

*2.- (...) la indicación quirúrgica es obligada ya que **con frecuencia** se consigue una mejoría o al menos estabilización de los síntomas*".

Y lo peor es que, según explico en la Ratificación Judicial el Perito Insaculado, *"Si se hubiera diagnosticado y tratado precozmente la enfermedad habría disfrutado el paciente de la posibilidad de estabilizar los daños neurológicos y síntomas teniendo en cuenta que en el año 1984 partía de una recuperación prácticamente completa"*.

Por ello, **si el diagnóstico y tratamiento adecuado se hubiera llevado a cabo de forma precoz**, según era exigible por la previsibilidad de la evolución clínica y con la realización de una prueba diagnóstica sencilla y a disposición de la demandada, **lo normal y esperable es que el paciente se hubiese recuperado**. Lo esperable en caso de prestación de servicios adecuada era la recuperación neurológica y no lo contrario. Por eso es exigible una motivación que explique y justifique la elección de 12.000 euros.

Don Miguel Ángel Ocaña Flores no fue privado de una mera expectativa. Tenía todas las posibilidades para lograr estabilizar los daños neurológicos y, además, es conveniente tener en cuenta que partía, a los 13 años, de una recuperación prácticamente completa que habría mantenido de haberse observado por parte de los servicios sanitarios un tratamiento adecuado ante la previsible evolución que no se diagnosticó durante más de 10 años debido a que durante ese tiempo no se realizó una sencilla prueba diagnóstica que resultaba del todo exigible, la resonancia magnética.

No se trata de la pérdida de una mera expectativa puntual pues la omisión se ha mantenido durante muchos años y la Séptima Conclusión del Informe Pericial que la Sala considera objetivo así lo confirma, ***“La tardanza en alcanzarse un diagnóstico preciso no se puede explicar por un único error de apreciación; fueron necesarios múltiples errores acumulados a lo largo de años y favorecidos por una muy notable ineficacia, en este caso, en el funcionamiento del sistema de asistencia sanitaria”***.

En consecuencia, la demandada debe responder íntegramente del daño, aun por vía de la teoría de la pérdida de oportunidad, pues a los 13 años de edad fue sanado de su patología mediante intervención quirúrgica exitosa comenzando un deterioro neurológico a partir de ese momento, totalmente previsible y evitable; previsible pues debía manejarse la posibilidad de una siringomielia que podía diagnosticarse fácilmente y sin riesgos mediante resonancia magnética que no se hizo durante años; y evitable pues podía haberse mejorado la situación clínica del paciente o, al menos, haberse estabilizado, lo que ocurre **“con frecuencia”** mediante intervención quirúrgica prestada a tiempo.

**SEGUNDO.- POR VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, INFRINGIENDO EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL DERECHO A LA IGUALDAD QUE SUPONE UN AGRAVIO COMPARATIVO CON UN EVIDENTE EFECTO DISCRIMINATORIO Y QUE RESULTA ARBITRARIO. POR VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 6 Y 13 DEL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.**

Desconociendo los motivos que han dado lugar a fijar la indemnización en 12.000 euros, y no otra cantidad, mal podemos argumentar sobre la improcedencia de la misma, pero, en cualquier caso, **no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación.** No obstante, la falta de motivación sobre los criterios seguidos para determinar la cantidad hace que no podamos centrar demasiado nuestro recurso sobre estos extremos, lo que, lógicamente, ha afectado al resto de motivos que articulábamos. De ahí otro motivo de nulidad de la sentencia.

**STS Sala 3ª, sec. 6ª, S 2-11-2007, rec. 9309/2003. Pte: Herrero Pina, Octavio Juan:** *“Este criterio ha de ponerse en relación con el de la **facilidad de la prueba**, a que alude la jurisprudencia, caso de la sentencia de 20 de septiembre de 2005, en el sentido que la obligación de soportar la carga de la prueba al perjudicado, no empece que esta exigencia haya de atemperarse a fin de tomar en consideración las dificultades que normalmente encontrará el paciente para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, por lo que habrá de adoptarse una cierta flexibilidad de modo que **no se exija al perjudicado una prueba imposible o diabólica.***

“Según ha venido declarando este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, **dado que la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir institucionalizada en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que dichas resoluciones contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos** (entre otras muchas, SSTC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 1; 177/1985, de 18 de diciembre, FJ 4; 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3; 159/1989, de 6 de octubre, FJ 6; 63/1990, de 2 de abril, FJ 2; 69/1992, de 11 de mayo, FJ 2; 55/1993, de 15 de febrero, FJ 5; 146/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; 235/1998, de 14 de diciembre, FJ 2; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 5; 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4; 108/2001, de 23 de abril, FJ 2).

Conviene asimismo recordar que esta exigencia constitucional entronca con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano judicial tienen la Ley y la Constitución (SSTC 55/1987, de 13 de mayo, FJ 1; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4; y 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; 203/1997, de 25 de noviembre, FJ 3). Y, por otra parte, **no debe olvidarse que la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho** (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4).”

Existen numerosos pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo, ante la presencia de pérdida de oportunidad, motiva y explica los criterios que sigue para conceder una u otra indemnización, elevando en algunos casos la cuantía establecida por el Tribunal a quo con cargo a la intensidad de la relación de causalidad con porcentajes de posibilidad de sanación:

- En todos estos casos el daño resultaba antijurídico y en todos la Sala 3ª aplicaba la Teoría de la Pérdida de Oportunidad.

Pero en ninguno de estos casos se daba una situación tan gravemente lesiva y dañina como en el caso de Don Miguel Ángel Ocaña Flores.

En ninguno de estos casos concurría una relación de causalidad tan intensa como en el caso de Don Miguel Ángel Ocaña Flores.

Sin embargo, la indemnización acordada en todos ellos es significativamente mayor que la concedida en el caso que nos ocupa.

Y lo que es mas grave: En todos esos casos la sentencia ofreció una explicación razonable y una adecuada motivación sobre las causas que le llevaban a acordar esas cantidades indemnizatorias, y no otras.

Nos encontramos ante un **agravio comparativo con vulneración del artículo 14 de la Constitución** en relación al resto de administrados cuyos daños y perjuicios han sido indemnizados en cantidades significativamente mas altas ante hechos similares en los que se ha reconocido un daño antijurídico y una **pérdida de oportunidad** e, incluso, ante daños de menor entidad y ante menores expectativas de curación.

- **Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 23-9-2010, rec. 863/2008:** Pte: Lecumberri Martí, Enrique (siendo Magistrados de la Sala: DON ANTONIO MARTI GARCIA, DOÑA CELSA PICO LORENZO, DON ENRIQUE LECUMBERRI MARTI, DON RICARDO ENRIQUEZ SANCHO, DON SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA y **DON SEGUNDO MENENDEZ PEREZ.**

*“Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de **"pérdida de oportunidad"** -sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001 [EDJ 2005/149522](#) , 4429/2004 [EDJ 2008/103450](#) y 5927/2007 - se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias. De ahí, **al limitar la Sala de instancia la indemnización de los daños morales hasta el correcto diagnóstico y consiguiente intervención quirúrgica infringió los preceptos y doctrina jurisprudencial que invocan las recurrentes en su motivo de casación**”.*

- **Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 6ª, S 12-7-2007, rec. 92/2003:** Pte: Robles Fernández, Margarita:

*“El Tribunal "a quo" sin ninguna duda contiene en su sentencia una doctrina contraria a la doctrina de esta Sala a la que acabamos de referirnos. **La propia Sala sentenciadora tiene por probado que hubo un error de diagnóstico al no valorarse acertadamente que el paciente había tenido un infarto, error que determinó que no se pusieran los medios de tratamiento adecuados al padecimiento que aquel sufría, y por el que acudió al centro médico, ausencia de medios de tratamiento que los propios informes médicos que la sentencia recurrida recoge en su argumentación, ponen claramente de relieve como hemos expuesto, y esa indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, a la que aluden los propios informes médicos y que se produjo consecuencia de aquel error médico de diagnóstico es, la que resulta sancionable, una vez que como ocurre en autos se ha producido un resultado dañoso, sin que sea exigible al recurrente, por lo que carece de relevancia a los efectos de la responsabilidad patrimonial que nos ocupa, probar que el tratamiento adecuado, que hubiese debido seguirse de haberse realizado un diagnóstico acertado, hubiese concluido con éxito sin secuelas cardiológicas de género alguno o de menor entidad que aquellas con las que efectivamente resultó.***

**Es evidente por tanto que hubo una mala praxis médica, al diagnosticar la enfermedad y ante tal mala praxis hubiera incumbido a la Administración probar que en su caso, con independencia del tratamiento seguido se hubiesen producido las secuelas de afectación cardiológica finalmente ocasionadas por ser de todo punto inevitables, prueba que no se ha practicado en el caso de autos.**

**Al no diagnosticarse en forma, por esa mala praxis médica, la crisis que sufría el marido de la recurrente, remitiéndole a su domicilio sin un tratamiento adecuado, con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales de ese tratamiento, se le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual es imposible médicamente saber como dice el informe de la médico forense, si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado.**

**Pues bien, atendido cual es el daño indemnizable según lo que se ha dicho, y vista la edad del recurrente y sus responsabilidades familiares, parece ponderado fijar en **120.202,42 euros** (veinte millones de pesetas) la indemnización procedente”.**

**Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 6ª, S 7-7-2008, rec. 4776/2004: Pte: Huelin Martínez de Velasco, Joaquín:**

**“Acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, como es el caso, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación.**

**El recurrente ha sufrido un daño antijurídico consistente en que si los servicios sanitarios de la Comunidad Valenciana hubieran actuado más diligentemente, remitiéndole de forma inmediata a la Ciudad Condal en helicóptero, tal y como era posible, y no por carretera, **habría disfrutado de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud y, en definitiva, para su vida.****

**Esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la «pérdida de oportunidad» (sentencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01, FJ2º) [EDJ 2005/149522](#) y 26 de junio de 2008, ya citada, FJ6º), constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; **tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una «falta de servicio».****

Por lo tanto, poco importa que, como acentúan los peritos, la recompresión en una cámara hiperbárica no garantice al 100 por 100 el restablecimiento de los accidentados disbáricos, de modo que un 28,5 por 100 de los tratados en la seis primeras horas presentan lesiones permanentes, porque, en cualquier caso, **se le hurtó al Sr. Valentín la eventualidad de pertenecer al 71,5 por 100 de lesionados que, tratados en el plazo idóneo, se recuperan globalmente.**

**SEXTO.- Llegados a este punto, y para satisfacer el principio de «reparación integral», nos queda por concretar la indemnización que le corresponde al Sr. Valentín por el daño real y efectivo que padece como consecuencia de haber carecido de la mejor opción para curarse, consistente en el sometimiento al tratamiento en la cámara hiperbárica dentro de las seis horas siguiente al accidente.**

Pues bien, en atención a las anteriores reflexiones, teniendo a la vista el artículo 141 de la Ley 30/1992 [EDL 1992/17271](#) y apreciando la edad del actor cuando acontecieron los hechos, su profesión y la índole de las secuelas derivadas de esa **pérdida de oportunidad**, resulta adecuada como indemnización la cantidad de noventa mil euros (90.000 euros), que ha de entenderse ya actualizada a la fecha de la sentencia de instancia, sin perjuicio de los intereses legales procedente por demora en el pago (artículo 106, apartado 2, de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa [EDL 1998/44323](#) )”.

**TERCERO.- POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL ART. 218 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL QUE AL REFERIRSE A LAS SENTENCIAS AFIRMA LA NECESIDAD DE QUE LAS MISMAS SEAN EXHAUSTIVAS, CONGRUENTES Y CONTENGAN LA NECESARIA MOTIVACIÓN. POR INCONGRUENCIA OMISIVA.**

**ES CIERTO QUE EN ALGUNA PARTE DEL RECURSO DE CASACIÓN SE HABLABA DE VALORACIÓN ILÓGICA, PERO ESTO NO DEBE SACARSE DEL CONTEXTO DEL MOTIVO DEL RECURSO, PUES TRAÍA CAUSA EN UNA FALTA DE VALORACIÓN DE CUESTIONES CENTRALES DEL PLEITO SOBRE LAS QUE DEBÍA HABERSE PRONUNCIADO LA SALA Y NO LO HIZO (EL CONSENTIMIENTO INFORMADO NO ESTABA FIRMADO). POR ESO EL MOTIVO SE ARTICULABA EN LA INCONGRUENCIA OMISIVA DE ESTE DEBATE.**

**Parece preciso recordar que nuestro tercer motivo de Casación se planteó:** *“Con apoyo en el artículo 88.1 c) de la Ley 29/1988 reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por quebrantamiento de las normas esenciales del juicio al infringir las normas reguladoras de la sentencia y las que rigen los actos y garantías procesales produciendo indefensión con infracción del artículo 24 CE, por falta de motivación e incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre todos los extremos planteados”.*

Es decir, desde un primer momento quedaron perfectamente declarados los términos del debate para luego añadir, en relación al consentimiento informado, que *“Por otro lado, la Sentencia valora de forma irracional e inmotivada toda la cuestión planteada por esta parte en su Demanda relativa a la FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO en la última intervención, de fecha 7 de febrero de 2001. En este punto establece en el Fundamento de Derecho Sexto que “debemos considerar que el paciente fue debidamente advertido de los riesgos a que se sometió, y así se deduce de los F. 18 y ss, 42 y ss del expediente”. No dice nada más al respecto”.*

Aquí, es evidente, salvo interpretación extrema y retorcida, que hacíamos hincapié a que había una incongruencia omisiva y falta de motivación, al no decir nada más al respecto la sentencia, por no pronunciarse sobre los extremos planteados por esta parte.

Y seguíamos diciendo para mayor claridad que: *“En los Folios 18 y siguientes obra lo que se denomina hoja de consentimiento informado más un anexo que no consta se mostrara al paciente pues ni siquiera está firmado. Por un lado, de una simple lectura puede comprobarse que El F. 18 no es más que un modelo genérico de Consentimiento válido para todo tipo de intervenciones, de contenido parco y lacónico, totalmente incompleto. Y los Folios que le siguen, necesarios para que conozca el paciente los riesgos y las alternativas, son un anexo donde de manera precisa sí constan aquellos, pero **este anexo no fue mostrado al paciente y por ello no está firmado en ninguna de sus hojas**”.*

La Sala de instancia no se había pronunciado sobre esto.

Luego, es verdad que hacíamos algunas consideraciones sobre la carga de la prueba y valoración ilógica cuando decíamos que: *“Evidentemente, no puede exigirse al recurrente que demuestre un hecho negativo como es probar que no fue debidamente informado; es a la parte demandada a quien le correspondería acreditar que informó debidamente al paciente de acuerdo con el principio de la carga de la prueba del art. 1.214 del Código Civil, y esto no lo ha hecho pues se ha limitado a aportar una hoja genérica y un anexo sin firmar por el paciente que de ninguna manera prueba que fuera informado”.*

Pero de esto no puede extraerse que nuestro motivo se basara en valoración ilógica. Evidentemente, cuando no se pronuncia sobre todos los extremos planteados siempre se deriva una valoración ilógica de las cuestiones sobre las que sí se pronuncia, es la lógica de cualquier razonamiento. Por ello, no puede recharse entrar a conocer sobre el motivo pues, en principio, y por la mencionada estrecha relación, pudiera pensarse que pertenecen al motivo del artículo 88.1d); pero lo cierto e incuestionable es que la Sala no puede desconocer que se enfrentaba, desde inicio, a una incongruencia omisiva. Y si se hablaba de valoración ilógica ésta traía causa en una falta de valoración de cuestiones centrales del pleito sobre las que debía haberse pronunciado la Sala y no lo hizo.

Por todo lo anterior, desarrollamos el motivo sosteniendo que la sentencia dictada por el alto Tribunal vuelve a incurrir, como sucedió en la instancia, por su falta de exhaustividad con lo planteado en nuestra demanda, en evidente **"INCONGRUENCIA OMISIVA"**, absolutamente patente cuando, luego de reconocer que esta parte ha mantenido que los anexos del consentimiento informado no se encuentran firmados (precisamente donde se advierte de los riesgos), sin embargo, subsiguientemente no entra a "resolver" ni resuelve razonadamente en parte alguna de la misma todas las cuestiones oportunamente planteadas en el escrito de demanda, dejando, por tanto, al justiciable huérfano de la preceptiva respuesta jurisdiccional.

Y ahora, por si fuera poco, se nos viene a decir que este motivo habría procedido por la vía del artículo 88.1 D). No lo compartimos.

Es conocida la doctrina de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, a la que más abajo nos referiremos, conforme a la cual la exigencia de respeto al principio de congruencia para la efectividad de la tutela judicial es más intensa en el ámbito de esta jurisdicción que en lo civil, toda vez que, por disposición legal, la Sala ha de fallar no solamente dentro del ámbito y límite de las pretensiones formuladas en el proceso sino también de las cuestiones planteadas por las partes.

La Sentencia combatida no ha resuelto sobre la falta de pronunciamiento entorno al consentimiento informado sin firmar.

En los **Folios 18** y siguientes obra lo que se denomina hoja de consentimiento informado más un anexo que no consta se mostrara al paciente pues ni siquiera está firmado. Por un lado, de una simple lectura puede comprobarse que El F. 18 no es más que un modelo genérico de Consentimiento válido para todo tipo de intervenciones, de contenido parco y lacónico, totalmente incompleto. Y los Folios que le siguen, necesarios para que conozca el paciente los riesgos y las alternativas, son un anexo donde de manera precisa sí constan aquellos, pero **este anexo no fue mostrado al paciente y por ello no está firmado en ninguna de sus hojas.**

Evidentemente, no puede exigirse al recurrente que demuestre un hecho negativo como es probar que no fue debidamente informado; es a la parte demandada a quien le correspondería acreditar que informó debidamente al paciente de acuerdo con el principio de la carga de la prueba del **art. 1.214 del Código Civil y 217 de la L.E.C.** y esto no lo ha hecho pues se ha limitado a aportar una hoja genérica y un anexo sin firmar por el paciente que de ninguna manera prueba que fuera informado.

Con todo, la sentencia de instancia y el alto Tribunal, no se pronuncian sobre la falta de la firma, ni lo valoran, ni lo mencionan. Por ello consideramos que en lo relativo al Consentimiento Informado la Sentencia incurre también en una falta de valoración, en una incongruencia omisiva sobre un aspecto esencial.

- Y por lo que se refiere a la **Jurisprudencia** que infringe cabe señalar, entre otras, las siguiente Sentencias:

***“El derecho a obtener una "sentencia congruente" es, sin duda, expresión del derecho fundamental a la tutela judicial y de la prohibición de la indefensión que reconoce categóricamente el art. 24 C.E. y su vulneración constituye un quebrantamiento de la formas esenciales del juicio como tiene reiteradamente declarado esta Sala (STS, 3ª, 3/5/96, por todas) y que puede y debe alegarse, conforme hemos hecho, al amparo de los arts. 33.1 y 88.1.c) de la vigente LJCA. (...)***

***El motivo ha de estimarse. La Ley de la Jurisdicción en el art. 33.1 dispone que "Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición" y el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al referirse a las Sentencias afirma la necesidad de que las mismas sean exhaustivas y congruentes y contengan la necesaria motivación y así expone que "Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate". Cuando la Sentencia no reúna o no cumpla las exigencias de esos preceptos incurrirá en infracción de sus normas reguladoras quebrantando de ese modo las formas esenciales del juicio, e incurriendo en el motivo de casación alegado por la parte y recogido en el inciso inicial del apartado c) del núm. 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción.***

***Como hemos expuesto al transcribir el desarrollo del motivo la Sentencia no ofrece respuesta suficiente a la cuestión que planteó la demanda relativa a la evidente desproporción producida entre la intervención de estenosis traqueal practicada a la recurrente y el resultado dañoso que de ella derivó para la paciente, y que concluyó, tras su paso por el quirófano y la sala de reanimación convertida en una persona tetraplégica, situación que se detectó cuando fue trasladada a la planta de Cirugía Torácica donde se diagnosticó su definitivo estado.***

**No es bastante para entender que se ha dado respuesta a esa cuestión que dimana de lo expuesto en un documento emitido por un médico especialista en cirugía general, angiología y cirugía vascular, en el que concurre, además, la condición de médico forense, aun cuando se halle en situación de excedencia voluntaria, con afirmar que dicho informe a falta de prueba pericial no puede prevalecer sobre las estimaciones efectuadas por la Inspección Médica y por el Médico Forense, en base a las cuales no puede darse por demostrada la existencia de una actuación de la Administración Sanitaria determinante de un daño que la reclamante no tuviera el deber jurídico de soportar, y ello porque para alcanzar esa conclusión hubiera resultado necesario confrontar cuanto expuso la Inspección Médica en su amplio informe en el que concluye que la tetraplejia flácida que experimentó la recurrente podía ser considerada un accidente imprevisible, con las afirmaciones que en ese documento se hacían en relación con las conclusiones que aportaban los distintos informes a los que se refería el forense Sr. G. que refiere que "la única anomalía que encuentra (en el tratamiento de la paciente) es que nadie se diera cuenta hasta que la paciente llega a la planta de que está tetrapléjica", lo que califica "como tardanza en el diagnóstico no en la causa de la secuela", sin que todo ello excuse la falta de argumentación sobre la cuestión planteada y no respondida de la desproporción del resultado.**

**Otro tanto habríamos de decir en cuanto a la cuestión de la insuficiente respuesta a la falta del consentimiento informado a la que nos referiremos con la atención precisa al examinar el segundo de los motivos del recurso.**

**Y, por último, se imputa a la Sentencia el no haber ofrecido respuesta no ya insuficiente sino inexistente a la cuestión también planteada, de la alteración manifiesta producida en el documento numerado como 11 acompañado con la demanda y denominado hoja de reanimación, en el que se observan varias manchas o tachaduras de las que se deduce sin esfuerzo alguno que las mismas son consecuencia de haber borrado anotaciones contenidas en el, presumiblemente realizadas por personal sanitario durante el espacio de tiempo en que la paciente permaneció en la sala de reanimación, momento en el que muy probablemente por la falta de atención necesaria en la vigilancia de la paciente se desencadenó el proceso que concluyó en la tetraplejia producida.**

**En consecuencia el motivo, como anticipamos, debe estimarse." Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 6ª, S 20-9-2005, rec. 5078/2002, Pte: Martínez-Vares García, Santiago.**

**“SEGUNDO.- Por razones de lógica procesal conviene comenzar el examen de este recurso de casación por el tercero de los motivos, que se articula al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley reguladora de esta jurisdicción (LJ). En él denuncia el recurrente que la sentencia recurrida adolece de falta de motivación e **incongruencia omisiva al limitarse a afirmar que los médicos del Hospital La Paz han actuado de manera razonable dentro de la ciencia y de la técnica del caso en función de las circunstancias pero sin explicar por qué llega a esa conclusión.****

**Este motivo de casación debe ser estimado. Esta Sala ha declarado repetidamente que la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales no precisa que aquellas den respuesta pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones de las partes, sino solo a las que constituyen los fundamentos de las pretensiones ejercitadas, pero sí que en ellas el Tribunal exprese con la extensión que el caso requiere las razones por las que ha llegado a la decisión adoptada. La sentencia no es, o no es solamente, un acto de autoridad sino, sobre todo, un acto de razón por lo que en ella deben quedar reflejados los principales hitos del discurso lógico del razonamiento que ha conducido al sentido del fallo.**

**Y esta necesidad no se desvanece por la potestad de apreciar libremente la prueba practicada porque esa apreciación libre no excusa la necesidad de que el tribunal plasme las razones que le han llevado a valorar las pruebas practicadas o a decantarse en favor de alguna de ellas cuando el resultado de las diversas pruebas practicadas ofrezca conclusiones no del todo coincidentes.**

**En el presente caso la sentencia de instancia se limita a reseñar sumariamente los resultados discrepantes de los cuatro dictámenes médicos obrantes en los autos y sin razonamiento alguno concluye, sin tan siquiera citar a qué dictamen se acoge ni mucho menos por qué le otorga esa preferencia, que los médicos del Hospital de La Paz han actuado de manera razonable. Es una declaración que responde a un puro voluntarismo, huérfano de la mínima apoyatura argumental, por lo que esta sentencia debe ser casada.” Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 23-6-2010, rec. 5512/2008, Pte: Menéndez Pérez, Segundo.**

*El argumento esencial sobre el que se sustenta el motivo se refiere al hecho de que la Sala no se ha pronunciado sobre la segunda intervención quirúrgica que se practicó a la demandante en 2003 como consecuencia de una caída y la implantación de una prótesis en cadera a consecuencia de la cual se lesionó el nervio ciático quedando también con pie equino-varo.*

*El motivo debe prosperar. Es Jurisprudencia reiterada de esta Sala que la incongruencia omisiva o ex silentio sólo tiene relevancia constitucional cuando, la sentencia objeto de recurso deja sin juzgar una pretensión oportunamente planteada, de modo que el tribunal no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando con ello una denegación de justicia. Y esto es lo que acontece en este supuesto ya que el examen de la sentencia permite afirmar sin género de duda que la misma no se refirió en modo alguno a la segunda de las intervenciones que se practicó a la recurrente, y que consistió en la implantación de una prótesis de cadera como consecuencia de una caída que sufrió el 19 de julio de 2003, y que dio lugar a que el 24 de ese mismo mes se procediera a esa segunda intervención. A la misma y a sus consecuencias se refirió la demanda, así como el escrito de conclusiones, y por ello se solicitó la indemnización que consideró procedente, solicitando, igualmente, prueba sobre la lesión producida en esa segunda operación. Llevándose también esa pretensión al suplico de la demanda.*

***En consecuencia es patente la infracción referida, lo que impone casar la sentencia recurrida, que se declara nula y sin ningún valor ni efecto. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 23-3-2011, rec. 2302/2009, Pte: Martínez-Vares García, Santiago.***

***“Tiene razón la recurrente al afirmar que la sentencia impugnada debió pronunciarse sobre el deber de información de los facultativos a la paciente de la posibilidad de finalizar el parto por cesárea, en vez de hacerlo por vía vaginal”. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 14-12-2010, rec. 1633/2008, Pte: Lecumberri Martí, Enrique.***

**CUARTO.- Por infracción del artículo 24 de la Constitución Española en la vertiente de denegación de acceso a la tutela judicial efectiva sobre la inadmisión de los dos primeros motivos del recurso.**

Conocemos perfectamente el criterio de la Sala en cuanto al requisito de que el recurrente justifique en el escrito de preparación del recurso que la infracción de la norma ha sido relevante y determinante del fallo de la Sentencia. No obstante, a pesar de ello y de poder predecir cual será la decisión de la Sala, queremos manifestar que no compartimos en absoluto la forma que tiene de resolver esta cuestión la Sala 3ª del Tribunal Supremo, más aun en este caso, por los siguientes motivos:

1º.- Para establecer y crear estos requisitos no le ha hecho falta al Tribunal cambiar la letra de la Ley, un buen día se decidió interpretarla de otra manera creando un motivo de inadmisión. Anteriormente a esta interpretación y con la misma ley, los recursos eran admitidos. De hecho, todavía hoy algún caso en el que se admite el recurso a pesar de carecer de lo que denomina la Sala juicio de relevancia.

2º.- La Sentencia combatida reconoce una indemnización por importe de 12.000.-Euros a favor de Don Miguel Ángel Ocaña Flores, cantidad que de ninguna manera indemniza ni compensa los daños que padece, perfectamente acreditados en la causa. El recurrente padecía una severísima discapacidad causada por una práctica tetraplejía que sólo le posibilita la movilidad de uno de sus dedos, haciéndole totalmente dependiente en cada una de las actividades básicas de la vida diaria y, sin embargo, la Sentencia ahora recurrida le indemniza con 12.000.-Euros, a pesar de reconocer *“la acreditación de una relación de causalidad entre la actuación sanitaria prestada y el daño indemnizable”*; cantidad ésta que fija de forma absolutamente inmotivada a tanto alzado.

3º.- Con fecha 19 de noviembre de 2006, el TSJ de Madrid, Sección 8ª, autor de una Sentencia tan injusta, ilógica, arbitraria e inmotivada, tuvo por preparado nuestro Recurso de Casación acordando elevar las actuaciones a la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Esta Providencia está dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que también debe aplicar los criterios de admisión, y es hoy firme pues la parte recurrida no la impugnó en el momento en el que debió hacerlo.

4º.- Con fecha 20 de febrero de 2007, la Sala a la que tengo el honor de dirigirme dictó Providencia por la que tenía por interpuesto el recurso de casación. Esta Providencia también es firme.

La Sala nos indica que el juicio de relevancia tiene su sede en el escrito de preparación del recurso, que no se trata de un derecho formal subsanable por vía del artículo 138 LJCA o del artículo 11.3 de la LOPJ, o que la interpretación que la Sala hace en este sentido de los artículos 86.4 y 89.2 LJCA no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Nada más lejos de la realidad. El juicio de relevancia realmente sí es una formalidad que exige la Ley cuando se alega infracción de norma estatal o comunitaria. Y ello con independencia de que esta formalidad se convierta para el recurrente en una exigencia de carácter sustantivo al tener, de alguna manera, que entrar en el fondo del asunto. Pero, insistimos, no deja de ser un requisito formal que se requiere en la fase de preparación, no requerido, por ejemplo, para cuando las Sentencias combatidas provienen de otra Sala o cuando se plantea la vía del artículo 88.1 c) de la Ley 29/1988 reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Y en estos casos no se dice que se produzca indefensión al recurrido. Y todavía queda más claro que resulta una formalidad cuando es revisado posteriormente a la formalización del escrito de recurso que, además, ha subsanado cualquier defecto en este sentido.

Esto lo decimos por cuanto la L.O.P.J indica en su artículo 238.3 que los actos procesales serán nulos de pleno derecho cuando se prescindiera de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. En consecuencia, el Auto de admisión del recurso dictado por el TSJM, hoy firme, no puede desconocerse, anularse o dejar sin efecto pues la admisión no ha generado indefensión de ningún tipo a las demás partes que pudiendo recurrirlo no lo hicieron. Además, han sido parte en el procedimiento y podrán defenderse sin perjuicio de clase alguna de nuestros motivos en el trámite de oposición a la formalización.

Ahora la Sala a la que me dirijo podrá indicar que de oficio puede revisar la admisión, pero para ello se ha requerido anular o dejar sin efecto la Providencia del TSJM que admitía a trámite el recurso. Es decir, la falta de forma del recurso no se puede subsanar pero la falta de las resoluciones judiciales parece que sí, aunque sea a costa de vulnerar su firmeza e impedir el acceso a la tutela judicial efectiva.

Por lo anterior, debe admitirse nuestro recurso por todos los motivos planteados pues lo contrario supondría una violación del acceso a una tutela judicial efectiva con infracción del artículo 24 de la Constitución, llevando aparejado el desconocimiento y la nulidad de una resolución del TSJM que es firme porque así lo quisieron las partes personadas y cuyo mantenimiento y respeto no generaría indefensión. Sin embargo, su nulidad sí generaría indefensión a esta parte, como lo haría la inadmisión de nuestro recurso con infracción del art. 24 CE.

Por lo anterior, con objeto de conocer sobre el resto de motivos que debieron ser admitidos, por economía procesal, se tengan por íntegramente reproducidos en este apartado.

**QUINTO.- POR VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 24.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, INFRINGIENDO EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A CAUSA DE UNA INEXCUSABLE DILACIÓN INDEBIDA. POR LA IMPOSICIÓN DE COSTAS A PESAR DE TAN GROSERA DILACIÓN. POR VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 6 Y 13 DEL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.**

La Sentencia del Alto Tribunal no ha ofrecido una mínima explicación de la dilación tan excesiva que ha provocado que el recurrente, Don Miguel Ángel Ocaña Flores, haya fallecido esperando una Sentencia que jamás le llegó en vida como consecuencia de la demora injustificada en la tramitación del expediente y, lo que es mas grave, por el extravío de los Autos una vez señalada la fecha para la votación y fallo, lo que provocó la necesidad de postergar la fecha de la Resolución. Don Miguel Ángel Ocaña Flores falleció poco después de que el Tribunal Supremo perdiera las actuaciones y poco después de que se tomara la decisión de postponer la fecha de una nueva Votación y Fallo. Es decir, falleció sin conocer el Resultado de su Recurso de Casación, tras haber buscado y esperado la Resolución durante mas de 10 años.

Ante tan clamorosa dilación la Sentencia del Alto Tribunal nada explica ni justifica, aumentando con ello la desazón de unos padres (mis representados) que observan como el derecho a la salud de su hijo ha sido vapuleado, primero por una Administración Sanitaria que le dejó postrado en una silla de ruedas debido a una negligencia médica y, segundo, por una Sentencia que valora el sufrimiento de su hijo en una irrespetuosa cifra de 12.000 Euros tras perder los autos y dilatar el procedimiento hasta el punto de que Don Miguel Ángel Ocaña Flores falleció sin conocer el resultado de su Recurso.

En el caso que nos ocupa, parece obvio que una Justicia lenta, no es Justicia.

Como dijo el escritor y moralista francés, Jean de la Bruyere “**Una cualidad de la justicia es hacerla pronto y sin dilaciones; hacerla esperar es injusticia**”.

Dicho esto, pasamos a relatar el curso de los acontecimientos de forma cronológica para que sea posible dictar una resolución que goce no sólo del necesario conocimiento de los hechos objetivos sino también de la necesaria sensibilidad para poder impartir Justicia:

- En el año 2003 Don Miguel Ángel Ocaña Flores presentó Recurso Contencioso Administrativo contra la resolución desestimatoria del IMSALUD ante la Sección 8ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

- Con fecha 23 de octubre de 2006 la Sección 8ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó Sentencia en la que, estimando parcialmente la Demanda, acordó indemnizar a Don Miguel Ángel Ocaña Flores en la cantidad de 12.000 Euros para “compensarle” por la situación de Tetrapleja que una negligencia médica le había ocasionado.

- Con fecha 9 de noviembre de 2006 esta parte anunció la interposición del Recurso de Casación que se formalizó en enero de 2007.

- El Tribunal Supremo, tras 4 años de espera, señaló fecha para Votación y Fallo que tendría lugar el 26 de enero de 2011.

- Con fecha 29 de noviembre de 2010, la Sala 3ª del Tribunal Supremo advierte la pérdida parcial de las actuaciones y anula el señalamiento para Votación y Fallo, sine die, hasta su reconstrucción. En la Providencia de 29 de noviembre de 2010 no se ofrece la mas mínima explicación que justifique ni aclara las circunstancias relativas a la pérdida de la documentación.

- Con fecha 26 de enero de 2011 no se dicta Sentencia debido a la pérdida de la documentación.

- Con fecha 1 de febrero de 2011 y azotado por semejante demora, Don Miguel Ángel Ocaña fallece a consecuencia de la evolución de los daños que ocasionó la negligencia médica denunciada y reconocida por la Sentencia de Instancia.

- Con fecha 3 de marzo de 2011, la Sección 4ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, a pesar de semejante (y gravosa) dilación, acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección 4ª debido a las “vigentes normas de reparto”, alargando innecesariamente la resolución del Recurso y obviando las circunstancias previas.

- Finalmente, con fecha 13 de septiembre de 2011, se señala fecha para votación y fallo que tendría lugar el 4 de octubre de 2011, designándose como Ponente a D. Segundo Menéndez Pérez.

¿Cómo es posible que decisiones importantes sobre expedientes voluminosos, complejos y que son fruto del trabajo realizado durante años no vayan seguidas de una custodia acorde a la importancia del caso en cuestión?

Las consecuencias de la pérdida irresponsable de la documentación han resultado calamitosas y han impedido que el administrado y recurrente conociera una Sentencia que había esperado durante años.

Sabemos que los Autos fueron extraviados y que nunca aparecieron pero desconocemos si se perdieron en el TSJ, en el trayecto hasta llegar al Tribunal Supremo o si se perdieron una vez llegaron al Alto Tribunal. Y todo esto lo desconocemos porque no se realizó un registro y anotación adecuado de los volúmenes que conformaban el expediente. Tampoco conocemos el momento en el que desaparecieron los Autos.

Y lejos de tener en cuenta la Sala estos lamentables antecedentes, condena en costas a la familia de Don Miguel Ángel Ocaña Flores.

La Sentencia debe ser declarada nula y corregida con los mismos criterios de Justicia, Proporcionalidad, Razonabilidad y Sensibilidad adoptados en el resto de casos citados y resueltos por la misma Sala a la que me dirijo y cuyas Sentencias se adjuntan como **DOC. Nº 1**.

Como toda persona, Don Miguel Ángel Ocaña Flores tenía derecho a que su proceso fuera resuelto dentro de un plazo razonable, es decir, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho este que se refiere no solamente a la posibilidad de acceso a la jurisdicción o a la obtención práctica de una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas, a una razonable duración temporal del procedimiento necesario para resolver y ejecutar lo resuelto, condiciones de normalidad que, sin duda alguna, no se han dado en el presente caso.

La noción constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un concepto jurídico indeterminado, en ese sentido el **Tribunal Constitucional** consideró pertinente recordar que: *“(...) si bien el derecho de ser juzgado dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, tal derecho está implícito en los derechos al debido proceso y la tutela y, por lo tanto, guarda relación con el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que se deben observar durante y al interior de un proceso constitucional”*. El **artículo 184.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial** establece como deber de los Magistrados: **“Resolver con celeridad y con sujeción a las garantías constitucionales del debido proceso”**.

Resulta evidente que el tiempo para resolver el Recurso de Casación que presentó, en vida, Don Miguel Ángel Ocaña Flores, excede con creces de lo razonable motivo por el que solicitamos se acuerde la Nulidad de la Sentencia a fin de que se dicte otra en la que se tengan en cuenta las circunstancias expresadas en el presente apartado, se anule la condena en costas y se expresen las circunstancias concretas por las que la Sala no ha dictado Sentencia en un plazo mínimamente razonable.

**SEXTO.- POR VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 24.1 Y 15 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, INFRINGIENDO EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO A LA INTEGRIDAD MORAL AL VALORAR EL DAÑO EN UNA CANTIDAD TAN SIMBÓLICA E INSIGNIFICANTE QUE ATENTA A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y AL DERECHO A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. POR VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 6 Y 13 DEL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.**

No queremos cerrar nuestros motivos de nulidad sin expresa mención al atentado que ha supuesto, a la dignidad moral de Don Miguel Ángel Ocaña Flores, tanto la Sentencia de la primera instancia como la del alto Tribunal, cuando valoran su sufrimiento en la indecente cantidad de 12.000 euros, ya sea a costa de argumentos formales, ya materiales. Consideramos que semejante lesión queda apartada de cualquier criterio cercano a la sensibilidad y a la justicia, llegando a resultar insultante para el justiciable, familia, amigos y cualquiera que conociera o no a Miguel Ángel.

Únicamente el ser humano, de entre todos los seres de la tierra, es persona y por ello lo más valioso, lo más excelente y digno. Miguel Ángel cumplía con creces estos requisitos. Esta suprema dignidad supone que no pueda ser tratada como un objeto, exige que la persona sea, siempre y en todo caso, considerada como alguien, precisamente porque cada persona es única e irrepetible y debe gozar de un valor absoluto reconocido y respetado por todos. Nadie puede ser más o menos persona, se es persona como ser humano dotado de dignidad, que le hace ser excelente entre los demás seres y que obliga e impone que no la convirtamos en instrumento para un fin, por más que el mismo nos parezca justificado. La persona, dotada siempre de dignidad, es un fin en sí misma y elige la acción que va a realizar y el fin que pretende de ella. Únicamente así se entiende la importancia de respetar el dolor y el sufrimiento de Miguel Ángel Ocaña Flores y su decisión de emprender tan magna campaña por la defensa de sus derechos a la hora de administrar justicia. La dignidad, además, forma parte de la esencia del ser humano, ni se adquiere ni se otorga, tampoco se pierde. Por eso, es preciso aclarar que la dignidad ontológica de Miguel Ángel, como la de cualquier ser humano, ha quedado indemne; son la dignidad moral y la integridad moral las que han sido violadas.

El Estado, los gobiernos o los jueces no son quienes otorgan la dignidad, sencillamente deben preocuparse por reconocerla y protegerla, y esto es precisamente lo que no han realizado en el caso de Miguel Ángel; todo lo contrario, con semejante ataque a uno de los principios que fundamentan el orden político y la paz social (art. 10 CE) han conculcado, a la vez, el derecho a una resolución motivada y a la tutela judicial efectiva de forma autónoma.

Mis representados y los amigos de Miguel Ángel, también la Asociación El Defensor del Paciente, que nació con motivo de la injusta asistencia médica que recibió, se encargarán de hacer todo lo posible, dentro de los cauces nacionales e internacionales, para que, en todos los casos, prevalezca la humanidad, la justicia real y la verdad sobre cualquier argumento formal o utilitarista que se aparte de los valores y principios morales, e incluso legales, que deben prevalecer a la hora de juzgar las acciones de los hombres.

En su virtud,

**SUPLICO A LA SALA:** Que teniendo por presentado este escrito de **INCIDENTE DE NULIDAD** con sus copias acompañadas, en tiempo y forma, se sirva admitirlo así como tener por efectuadas las manifestaciones que en su cuerpo contiene para luego, previos los trámites de rigor, acuerde, con estimación del mismo, la nulidad y revocación de la Sentencia recurrida y declare la Responsabilidad de la Administración demandada por los daños provocados y, consecuentemente, se condene a la Demandada a indemnizar a mis representados en la cantidad de **SETECIENTOS VEINTIUN MIL DOSCIENTOS CATORCE CON CINCUENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (721.214,52).- EUROS**, mas intereses, por los daños y perjuicios sufridos, todo ello con expresa imposición de costas.

Es Justicia que pido en Madrid, a 15 de noviembre de 2011.

**OTROSÍ DIGO:** Que interesa al Derecho de esta parte la entrega del **TESTIMONIO** de todas las actuaciones con el fin de interponer, en su caso, Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional y ulterior Demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por infracción de los artículos 6 y 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, entre otros.

Como sabe y le consta al Ponente, la negligencia médica que truncó la vida de Miguel Ángel fue la que impulsó a su madre, Doña Carmen Flores, a crear una Asociación que velara por los Derechos de los Pacientes: Asociación El Defensor del Paciente. Aclaremos desde este momento que mi representada agotará todas las instancias nacionales e internacionales a fin de que se reconozca el calvario y sufrimiento padecido por su hijo, Don Miguel Ángel Ocaña Flores, como consecuencia de una negligencia médica.

**SEGUNDO OTROSÍ DIGO:** Que interesa al Derecho de esta parte se proceda, en la Sustanciación del presente Incidente, a resolver todos y cada uno de los puntos expresados en el presente escrito, salvando así las carencias resolutivas que caracteriza a la Sentencia dictada por el Alto Tribunal y, en especial, las pretensiones relativas a la justificación por la Sala de la valoración indemnizatoria de 12.000 Euros por una de las situaciones mas incapacitantes, graves y penosas por las que puede pasar el ser humano, y las relativas a la dilación indebida.

**SUPPLICO DE NUEVO:** Que tenga por efectuadas las anteriores manifestaciones, a los oportunos efectos legales, y provea a tenor de las mismas.

Es Justicia que pido en el lugar y fecha arriba indicados.